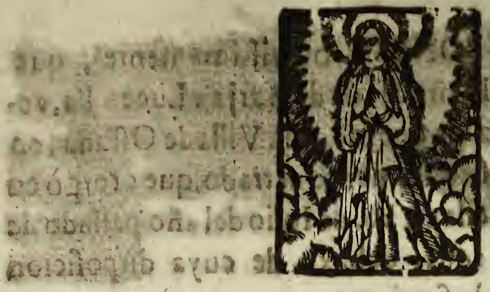
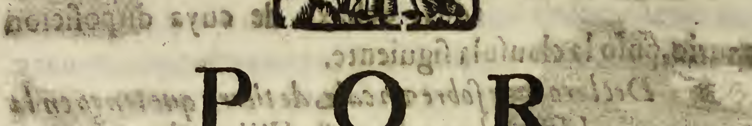




POR

EL LIC^DO D. AVGVSTIN FERNANDEZ DE IVBERA,

ABOGADO DE LOS REALES CONSEJOS; Y CORREGIDOR DE LA VILLA DE OSSVNA.

EN EL PLEITO

QVE ANTE EL SIGVE DOÑA MARIA DEL ROSAL, VIVDA DE DON IVAN CHACON,

vezino de la Ciudad de Antequera, como madre, y tutora de los menores sus hijos, y del dicho su marido, herederos del Canonigo Iuan de Sarria Pernia.

EN EL ARTICVLO DE LA DECLINATORIA intentada por el Convento de san Augustin de dicha Villa, y en que ha despachado Censuras el señor Doct. D. Iuan de Texada y Aldrete, Iuez Conservador de dicho Convento, para que el dicho Corregidor se abstenga de conocer y proceder en este negocio, y lo remita al dicho señor Iuez Conservador; a quien se suplica passe los ojos por estos apuntamientos.

1 SVPONESE brevissimamente, que Doña Maria de Borja y Lucenilla, vezina que fue de la Villa de Ossuna, en su testamento cerrado, que otorgò en ella en 20. de Iulio del año passado de 1661. debaxo de cuya disposicion murio, puso la clausula siguiente.

2 *Declaro, que sobre vn caiz de tierra que tengo en la pertenencia del Rosal, termino desta Villa, està impuesto vn censo de 1320. rls. de principal, que se pagan de reditos a los herederos del Canonigo Iuan de Sarria Pernia, de cuyos corridos, hasta el dia de señor San Iuan Baptista passado, deste año, se deven catorze años. Y porque se ha dicho, que el dicho censo se ha redimido, mando se busque la dicha escriptura de redempcion, y si se hallasse, no se paguen principal, y reditos, y no hallandose se pague el principal, y reditos; las quales dichas tierras lindan con la heredad del Rosal, &c. Y las mando con dicho cargo al Convento, y Frailes del señor San Augustin, con obligacion de dezir por mi anima dos Missas Cantadas en cada vn año perpetuamente; con que si no se huviere redimido el dicho censo, es mi voluntad, que los dichos reditos atrassados, y corrientes, se paguen de la renta de las dichas tierras, arrendandolas para ello. Y todo el tiempo que se dilatare dicha paga, no corra dicha memoria, hasta que queden libres, y entonces corra dicha obligacion.*

3 Presentose por parte de los herederos del Canonigo Iuan de Sarria Pernia ante el dicho Corregidor, esta clausula, y la adjudicacion, y titulo que dicha Doña Maria de Borja tenia de dichas tierras, en que se haze mencion de dicho censo, y pidieron que se cumpliesse la voluntad de la testadora, mandando arrendar las tierras, para la satisfacion de los corridos que avia declarado, y adelante corriessen; para lo qual fuesse citado el dicho Convento, y para ver si tenian, ò presentavan la escriptura de redempcion

cion, de que en dicha clausula se haze mencion.

4 Diose traslado al dicho Convento, que salio declinando jurisdicion, y con efeto ganò mandamiento de dicho señor Iuez Conservador, con censuras, para q̃ el dicho Corregidor se abstuviesse del conocimiento desta causa, remitiendola a su md. ante quien se han hecho ciertas alegaciones por esta parte, y la del dicho Convento, que se procuraràn reducir a breve methodo.

EX FACTO IVS.

5 Omitese el punto de si la peticion de los dichos herederos es justa, ô injusta, ô devieran presentar la escritura de imposiciō del cēso, respeto de q̃ solo se trata de cūplir la volūtad de D. Maria de Borja, y disposiciō q̃ quiso huviesse en su hazienda; y hasta aora no estamos en terminos de juzgar, y asi el punto principal de que en este papel devemos escrivir, es el de la jurisdicion, por ser articulo de declinatoria, y por el consiguiente primero en el litigio, ad textum *in l. præscriptiones vlt. C. de except. seu præscrip. cap. inter Monasterium 20. de sent. & re iudic.* ò porque como articulo previo, y prejudicial, que haze callar el juizio principal, pide primera determinacion, como latamente lo discurrio Scaccia *de sent. & re iudic. glos. 14 q 19 per totam*, y mas breve Carleval. *de iudic. lib. 1. tom. 2. disp. 6. num 7.* *Intentando vn articulo, cessa la causa principal.*

6 Teniendo pues cada jurisdicion sus limites, *cap. 8. quoniam 10. dist. & ibi glos. cum vulg.* No es justo, que ni el Iuez Real faltando a la Religion perturbe la jurisdicion Eclesiastica, ni el Eclesiastico le inquiete con los desasosiegos de vna censura, cosa generalmente abominada en tanta manera, que con nombre de absurdo, es conocida la turbacion de los oficios, *l. consulta divalia 23. C. de testamentis*, ibi: *Absurdum est namque, si promiscuis actibus rerum turbentur officia, & ibi glos. litt.* k. consulta digna de repetir, como lo hizo el Emperador Iustinian. *in l. repetita 39. C. de* *No se deven perturbar las jurisdiciones.*

Epi-

Episcop. & Cleric. Y se halla observada, *in cap. 6. cum ad verum 96. dist.* ibi: *Vltra sibi nec Imperator iura Pontificatus arripuit, nec Pontifex nomen Imperatorium vsurpavit*, & ibi glos. verb. *vsurpavit, l. 5. t. 3. lib. 1. nov. Recop.*

Los Convertos deven ser convenidos ante su Iuez Conservador.

7 Y assi no ignoramos, que aviendo de ser convenido el Convento, oponiendosele demanda, precisamente avia de ser la convencion ante su Iuez segun la regla general de todos derechos, *cap. 1. cap. 2. cap. si quis contra Clericum cap. cum sit generale de foro compet. l. iuris ordinem 2. C. de iurisd. omn. iud. l. 32. t. 2. p. 3. l. 8 & 9. t. 3. lib. 4 nov. Rec.*

Y lo mismo procede siendo heredero, ô legatario del seglar.

Y no solo siendo convenido por si proprio, sino como heredero del seglar, pues en este caso, segun la mas probable sentencia, develo ser ante el Eclesiastico, no aviendo contestacion del difunto, ex multis, Latesa, *decis. 6. n. 5.* Carlev. *de iudic. disp. 2. q. 5 n. 301. & 304* y lo mismo siendo legatario, *quia legatarius in re legata, quodãmodo quasi hæres est, l. id tempus 14 § vnic ff. de vsucap & vurp.* aliquid noster Escaño, *in suo propugn. discep. 15. cap 3.*

...ferido.

8 Y es la razon, porque lo que pertenece a la temporalidad, y a lo seglar, si se altera, y convierte el Eclesiasticos por la nueva calidad que adquiere, tomô privilegio, y Eclesiastica jurisdicion, ad quod probandum Carleval, *vbi nuper* allegat textum, *in cap. vnic § fin. de iur. patron. in 6.* arg. text. *in l. ius civile 6 ff. de iust. & iur. vbi si aliquid additur vel adimitur iuri naturali secundario, ius civile efficitur.* Si bien no dexa de tener alguna dificultad lo referido ex dispositione, *l. hæres absens 19. ff. de iudicis l. 57. tit. 7 p. 1.* quod quidem pro regula traditur, *in l. 2. § ex his de V. O.*

9 Hoc supposito, y bien mirada la intencion de los herederos de Iuan de Sarria, no se dirige, ni intenta accion contra el Convento, pues solo piden se execute la voluntad de la testadora, y que se arrienden las tierras, conforme la clausula, citando al Convento, si sua putaverit interesse; y esto puede muy bien hazer el Iuez seglar, & cum multis Bobadilla, *in sua polit. lib. 2. cap. 18. num. 131.* D. Salgado, *de*

Bien puede el Iuez seglar citar à vna persona Eclesiastica.

Reg.

Reg. protect. 1. p. cap. 2. num. 131. cum sequentibus.

10 Y es certissimo, è indubitable, q̃ intentarõ muy bien, y està biẽ presentado el libelo ante el dicho Corregidor, por considerarse en èl tan solamẽte la realidad, ò dirigirse la accion contra la cosa, y no la persona, vt ex B. Ambros. probat opt. *tex. in cap. 27. si tributum* 11. q. 1. ibi: *Agri Ecclesiæ solvunt tributum. Si agros desiderat Imperator, potestatem habet vendicandorum*, probat etiam text. *in cap. tributum* 23. q. 8. *& in cap. generaliter. § placet* 16. q. 1. *text. in l. 1. C. de indictionibus, lib.* 10. *l. fin. C. de annon. & trib. eodem. lib.* Calderinus, *t. de constitut. num.* 7. Lucas de Penna, *in l. 1. C. de imponend. lucrat. lib.* 10. ibi: *Quod enim attinet ad bona patrimonialia ea ratione, quod cum qualitate secularium ad Clericos pervenerint, iudicantur in huiusmodi bonis laici.* probat etiam D. Salgado, *de Reg. protect.* 1. *p. cap.* 14. *num.* 76. *&* 103.

Quando la acciõ se intenta contra las cosas, y no las personas de los Eclesiasticos, puede ser ante el Iuez secular.

11 Compruevase lo referido con dos famosos lugares, el vno de Gutierrez, *lib.* 1. *pract. q.* 4. *num.* 2. Y el otro de Cevallos *de cognit. per viam viol.* 2. *p q.* 11. *n.* 47. donde hablando de la satisfacion de los daños hechos por algun ganado de personas Eclesiasticas, ex prædicto Gutier. sic ait: *Quod aut iudex secularis procedit contra personam Clericorum, & Religiosorum pro executione pœnæ ordinationis, vel contra ipsa pecora, & pastores, qui fuerunt reperti, nocturno, vel diurno tempore in pascuis alienis, vel prohibitis (vsque ad certum tempus.) In primo casu prefecto iudex Ecclesiasticus non facit vim procedendo per censuras contra iudicem sæcularem, & ita debent Regij auditores declarare, vt ego etiam dixi in casu simili. lib* 4. *comm. q.* 1. *à num* 621. *In secundo verò casu, quando iudex sæcularis procedit contra pecora Clericorum, & suorum pastorum, non potest Ecclesiasticus procedere contra laicum,* ET SI PROCEDAT FACIET VIM, *vt in terminis tradit Gutier. sup. dict.*

Exemplificase lo de arriba, y se prueba.

B q.4.

q.4 num.4. vbi refert quod ita fuit iudicatum in casu de facto contingenti in Regali Chancellaria Pinciana, & dicit esse mente tenendum pro intellectu, d.l.12.t.13.lib.1. Recop. Tambien es digno de ver el num. 48. y las palabras que en él refiere, y autoridades con que prueva nuestro intento.

El Eclesiastico puede ser citado por el Iuez seglar.

12 Ayudalo tambien Bobadilla, *in sua polit. lib.2. cap.18. num.320. vers. tambien.* Donde resuelve cō Bald. y otras citas, *litt. F.* que el Iuez seglar puede proceder saltim indirectè contra los Eclesiasticos; y en el mismo lugar, al num.131. que arriba citamos, dize, que pueden ser citados por mandado de dicho Iuez seglar.

Quando el Eclesiastico sucede en cosa seglar, con tal condiciō que se impida el dominio, puede ser demandado en el fuero seglar.

13 Pero aun quando lo referido tuviera alguna duda, toda via estamos en terminos mas esforçados, y en que sin peligro alguno puede nuestro Corregidor conocer, y proceder en esta causa, porque es cierto, que quando vna persona Eclesiastica sucede en cosa seglar, con tal calidad, condicion, ò carga, que impida la adquisicion de dominio, ò possession, se considera la tal cosa de legos, y como tal ha de ser demandada en el fuero seglar, y desta manera se ha de entender el señor Salgado *de Reg. protect. d.1.p. cap 14. num.76. & 4 p. cap.14. n.110. & 111.* Gratian. *discep. forens. lib.1. cap.16. num.19 & 21. vers. tamē,* como si la cosa estava litigiosa, ò tenia pacto prohibitivo de enagenar con hypoteca especial, en cuyos casos, y otros semejantes, es comun opinion se puede executar ante la Iusticia seglar, y lo defiende Noguer. *alleg. 3. per totam.*

14 Aviendo dexado, pues, la dicha Doña Maria de Borja las dichas tierras, con la calidad bastante, para que al Convēto no se le adquiriesse dominio, pues dixo: *Que no corriesse la memoria, hasta que estuviessen pagados los corridos,* es cierto que no quiso que el Convento percibiesse los frutos, hasta pagar lo adeudado, por dos razones.

La

15 La primera, porque la causa final del legado, fue el que se dixessen las Missas por el anima de Doña Maria; con que no diziendose, por la suspension que tiene dicha memoria, respecto de no estar pagados los dichos corridos, esta tambien suspenso el legado, secũdum text. *in l. quod edictum* 33. *ff. de pactis. l. cum codicillis* 43. *ff. de testamẽt. tutel.* & ibi Bald. *l. eam, quam* 14. *C. de fideicom.* D. Valenz. Velazq. *conf.* 119. *num.* 80. *cum seqq.* Barbos. *axiom.* 40. *nu.* 4. *& num.* 5. dize, que no es assi, quando la causa es impulsiva. Y no ay duda que la de Doña Maria fue final, porque el fin de dexar algo a vn Convento, es porque se digan Missas, y no pudo aver otro fin para con el Convento de señor San Augustin, vt optimè D. Valẽç. *vbi sup. n.* 78. Y en el *num* 77. dize, que en duda se ha de presumir final la causa. — *Danse razones de lo referido.*

16 La segunda razon es; porque el dicho legado participa de dos circunstancias: vna que mira al provecho del Convento, y otra al del alma; con que en este concurso se avrá de preferir la vltima, *cap. solita de maioritate, & obedientia*, ibi: *Quanto anima praeciosior est corpore*, arg. text. *in l. quaeritur* 10. *ff. de statu hom.*

17 Y assi es cierto, que no corriendo la memoria de Missas, cessa la vtilidad del Convento, reputandose por condicion la calidad conque se dexaron las tierras, y por el consiguiente no se transfiere el dominio, que expressamẽte se da a entender en las palabras de la clausula, ibi: *Hasta que queden libres*, y segun el cons. de Surdo 186. *num.* 15. *&* 16. vbi allegat text. *in l. pater*, § *fin. ff. de cond. & demonstr. & l. legatum de annuis leg.* famosos para el presente caso.

18 Es tambien excelente la decision del text. *in cap. cum dilecti* 6. *de donation.* donde parece se le propuso al Pontifice, que vn quidam hizo donacion de vnas tierras a vn Monasterio, y despues de otras puso vna clausula de que el, y sus sucessores avian de tener coto, o

caseria en ellas: Valiendose los dichos successores desta clausula, quisierō executar lo en ella contenido, haziendo todas las dichas tierras tal coto, y resolvio el Pontifice, que hazian violencia en las primeras tierras, porque estas se dieron, ò donaron puramente; por lo qual dize, que quedaron libres de vexacion, *y vso seglar*: pero no en las segundas, *por el gravamen* de dicha clausula, bastâte para q̃ no se huvierã convertido en bienes Eclesiasticos: *Cum ex tenore instrumēti evidēter appareat, quod hæc fuit mens, & intentio donatoris, vt clausula de foresta, quæ in fine ponitur instrumēti, non ad superiorem donationem, quæ tam libera, & pura fuit, vt immunis esset à vexatione, & consuetudine sæculari: Sed ad inferiorem concessionem, &c.*

19 Con que aviendo llevado el legado que se hizo al Monasterio de San Augustin la calidad referida, las tierras no se avran cōvertido en Eclesiasticas, antes quedaron sujetas a la temporalidad, sin atender à la persona a quien se hizo la manda: porque tambien coadjuba, el que si el Convento tuviera dominio, y possession de las dichas tierras, avia de ser en virtud del legado: este no se puede dar en cosa adeudada, hasta averse pagado la deuda que tiene sobre si la cosa legada, conforme â la disposicion de la *ley non amplius 26. ff. de leg* 1. Y assi solo consiste el legado en el residuo, que es lo que pudo disponer el testador. § *sed si rem* 5. *vers. si tamen. inst. de leg.* Et ibi institutarij cum multis authoritatibus, & concordantijs, argumento etiam textus, *in cap. pastoralis, extrâ, de donat.*

No se puede dar legado en cosa adeudada.

20 Y assi de ninguna manera puede aver conseguido el Convento possession judicialmēte, sin que primero aya pagado los corridos del censo: porque a lo mas que se podia estender el Iuez, era a dar possession, dando el Convento fiança de pagarlos, y aun esto tiene mucha dificultad, ex multis, quæ doctè refert. D. Salgad,

No puede tener el Convento possession judicial.

de

de Reg. protectetione 4. *par. cap.* 13. *num.* 62.

21 Y menos propria authoritate se podra aver entrado en dicha possession, tunc ex dictis, tunc, porque avrà violencia, por ser contra la voluntad de la testadora, y aun concurre la circunstancia de clandestinidad, ignorandolo la parte que era interessada, por estar ausente de Ossuna, siendo vezino de Antequera, que son las dos contenidas en el *tit. ff. quod vi aut clam*, por lo qual qualquiera asserta possession es desestimable, *ex textu in leg.* 1. §. *denique. ff. eod. ex* Abb. & alijs tradit Noguerol. *allegat.* 26. *num.* 392.

Menos extrajudicial.

22 Y el mayor defecto que tendra es ser possession notoriamente injusta, la qual no es manutenible (que es el remedio de que se han querido valer en la declinatoria) vt doctissimè Gaspar Rodriguez. *de annuis redditib. lib.* 1. *cap.* 17. *numer.* 21. *&* *num.* 23. lugar digno de que se lea hasta el *num.* 29. Menochio, *de recup. remed.* 1. *numer.* 115. Iacobus Cancer, *variar. resolut.* 3. *part. cap.* 14. *numero* 57. ibi: *Ex quibus habeo pro indubitato, vbi possessioni ius resistit non debere possessionem defendi, nec in interdicto in terminis notat Federic. de Senis, &c.* Gratian. discept. forens. *cap.* 801. *numer.* 25. ibi: *Ita vt stante manifesta possessione contra ius nulla datur manutentio.* Y mas largo *in cap.* 370. *à num.* 13. *& num.* 17 ibi: *Et passim quando resistit ius commune, non datur manutentio.* Y dà la razon ex Covarr. & Menoch *quia tunc non est quasipossessio, sed potius iniqua occupatio, quæ nihil occupanti prodest, & cap.* 899. *num.* 22. Noguerol *dict. allegat.* 26. *num.* 328. *vsque ad* 386.

La possession notoriamente injusta no es manutenible.

23 Y siendo tan notoriamente nulla la dicha possession, aunque no huviera oposicion de parte in-

En pretendiendose amparo de possession nula, el Iuez de oficio, aunq̃ no aya parte que lo oponga, lo ha de denegar.

teresada de oficio de Iuez, avia de ser excluido el Convento, en quanto al amparo que pretediesse, no aviendo cumplido lo que mandava la testadora, porque hazia contra si el Convento valiendose de dicha Clausula, y con ella, quasi suo ligone, vulnerava su pretension, D. Salgado, *de Reg. protec. 4. p. cap. 14. num. 47. cum seqq.* omnino videndus Pareja, *de instr. edit. t. 7. res. 3. n. 6.* vbi de producente instrumentum debiti, in quo sit scriptum (etiam sine solemnitate) debitorē aliqua solvisse obstare prædictam declarationem ad hoc, vt exigere posit, creditor integrum debitum contentum in instrumento. Entrando aqui la disposicion del titulo, *quod quisq; iuris.* Con que necessariamente, queriendo el Convento se execute la voluntad de Doña Maria en lo que le es favorable, tambien se ha de executar en lo que le fuere contraria. Vulgaris text. *in l. secundum naturam 10. ff. de reg. iur.* cum multis Azevedo, *in l. 2. tit. 11. lib 4. Recop. num. 6.*

No se haze molestia al Convento.

24 De que resulta, que el Convento no tiene fundamento para aver introducido la declinatoria intentada, assi por no hazersele notoria molestia, en cuyo caso podia exercer su oficio el dicho señor Iuez Conservador, *cap. 1. & cap. fin. de offi. deleg. iti in 6. Concil. Trident. sess. 14 cap. 5. & cap 14* D. Salgado, *de Reg. protec. cap. 1. prælud. 2. num 77. & part. 2. cap. 10 nu 67.* expresso texto en la ley 1. *&* 2. *tit 8. lib. 1. Recopil.* Como porque con ella va contra la voluntad de la testadora, sino expressamente, con la tacita contradicion que resulta, prohibida por la dicha testadora: porque aviendo prohibicion de translacion de dominio, *ex dictis*, la ay de contradecir, quia prohibitum aliquid directè, prohibitum est illud per quod ad illud pervenitur, *cap. eum quod 35. de reg. iur. in 6 leg. Oratio 16. ff. desponsal. cum vulg.* Y seria defraudar la vltima disposi-

cion,

cion, ad text. *in leg.non dubium* 5.*C.de legib.* Con que legitimamente se pretende, que dicho señor Iuez Conservador se inhiba del conocimiento de esta causa, y la remita al dicho Corregidor. Salva,&c. Sevilla y Março 18.de 1671.años.

Lic. Don Andres de Velasco.

cion, ad text. in leg. non dubium 5. C. de legib. Con que legitimamente se pretende, que dicho señor Iuez Conservador se inhiba del conocimiento de esta causa, y la remita al dicho Corregidor. Salva, &c. Sevilla y Março 18. de 1671. años.

Lic. Don Andres de Velasco.